

gado. El *esponsor* tenía además, con el mismo objeto, una acción particular, que especialmente se le atribuía por la ley *PUBLILIA*, la acción *depensi*, que producía condenación del doble en caso de denegación (*adversus inficiantem*).—3.º Entre sí eran considerados, en virtud de las disposiciones de la ley *APULEYA*, como especies de asociados ó consocios; por consiguiente, aquel que en virtud de reclamación del acreedor se hubiese visto obligado á pagar más de su parte, tenía contra los demás la acción *pro socio*, para hacer que cada uno abonase la porción que le correspondiese. Después de la ley *FURIA* perdió este recurso toda aplicación posible en Italia, pues la acción del acreedor se dividió de pleno derecho; pero continuó subsistiendo en las provincias (1).

En fin, por lo que respecta á los fideyusores: 1.º Con relación al acreedor, son también deudores por estipulación; éste tiene, pues, contra ellos la *condictio* ó la acción *ex stipulatu*.—2.º Con relación al deudor principal, son, según los casos, mandatarios ó gerentes de negocios; tienen, por consiguiente, ya la acción *mandati*, ya la acción *negotiorum gestorum*, para obtener el reembolso de lo que hubiesen pagado, á ménos que por él hubiesen intervenido contra su prohibición ó por pura liberalidad (*donandi animo*).—3.º En fin, entre sí, salva convención especialmente contraria, no existe sociedad alguna, porque nunca les ha sido aplicable la ley *APULEYA*; aquel de ellos que haya pagado aún la totalidad, no puede tener, pues, por este solo hecho, ningún recurso contra sus cofideyusores (2).

Pero en todos estos puntos, y para asegurar sus intereses, ya con respecto al acreedor reclamante, ya con respecto al deudor principal, ó ya aún con respecto á sus cofideyusores, les fueron sucesivamente concedidas diversas ventajas. Bajo el derecho de Justiniano tuvieron tres bien notables, vulgarmente conocidas hoy en la jurisprudencia con los nombres de beneficios ó excepciones: 1.º, de orden ó de discusión (*ordinis, ó excussionis beneficium*); 2.º, de división (*divisionis*); y 3.º, de cesión de acciones (*cedundarum actionum*).

Vemos en un fragmento de Paulo y en otros muchos textos, que el acreedor, á ménos de haber convención contraria, era libre de intentar su acción, ya contra el deudor principal, ya contra el fideyu-

(1) Gay. Com. 5. § 122.

(2) Gay. ib. (*Ad fidejussores lex*) *Apuleia non pertinet; itaque si creditor ab uno totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, scilicet si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit.*—Dig. 46. hoc tit. 59. f. Modest. — Cod. 8. 41. hoc tit. 11. const. de Alejand.

sor, y si eran muchos, contra cualquiera que quisiesen: *«Jure nostro, est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur»*, dice una constitución del emperador Antonino (1). Una vez hecha la elección, y la acción ejercitada contra uno *lite contestata*, los demás quedan libres (2). En una constitución de fecha del año 531 había Justiniano alterado este último punto; la reclamación ejercitada contra uno no libraba á los demás (3). Sin embargo, en el prefacio de una de sus novelas nos habla de una ley antigua que había caído en desuso, aunque ignora cómo, según la cual no se dejaba al acreedor esta libre elección; ley que tuvo á bien restablecer, mejorándola (4). Por consecuencia de esta novela el fideyusor perseguido por el acreedor puede exigir que éste se dirija primero al deudor principal (*veniat primum ad eum qui debitum contraxit, ad principalem*), y sólo recurra contra el fideyusor por lo que no haya podido obtener del deudor (*secundum quod ab eo non potuerit recipere*). En caso de ausencia del deudor principal se concede por el juez al fideyusor un plazo para llamarle en causa ó á juicio (*Judex det tempus intercessori, idem est dicere sponsori et mandatori, volenti principalem deducere*), transcurrido el cual, sigue la acción su curso contra el fideyusor (*tunc fidejussor, aut mandator, aut sponsor exequatur litem*). Esto es lo que se llama, en términos vulgarmente sancionados hoy, el beneficio ó la excepción de orden ó de escusión (5). Nótese también que ya antes de aquella novela y por una constitución inserta en el Código Justiniano, había decidido que reclamando primero del deudor principal ó de uno de los fideyusores, no perdería el acreedor su derecho contra los demás, sino que lo conservaría hasta su completa satisfacción (6).

El fideyusor perseguido puede además aprovecharse de la facultad

(1) Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 4. const. de Anton.; 19. y 21. const. de Dioclec. y Maxim.—Paul. Sent. 17. § 16.

(2) Paul. Sent. 17. § 16.: *«Electo reo principali, fidejussor vel heres ejus liberatur.»*—No sucedía lo mismo con respecto á los mandantes, según lo que añade Paulo inmediatamente: *«Non idem in mandatoribus observatur»*, y lo que nos dice un fragmento de Julian.: Dig. 46. 1. hoc tit. 15.

(3) Cod. 8. 41. *De fidej.* 28. const. de Justin.

(4) Novela 4 (año 539 de J. C.), Prefac.: *«Legem antiquam positam quidem olim, usu vero necimus quemadmodum non approbatam..... rursus revocare et ad rempublicam reducere, bene se habere putavimus: non simpliciter....., sed cum competenti et Deo placito distribuentes augmento.»*

(5) Novela 4, cap. 1.

(6) Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 28. const. de Justin., año 531.—Establece en este punto, respecto de los fideyusores, el derecho que ya existía para los mandantes.

que le ha sido concedida por el rescripto de Adriano (*epistola divi Hadriani*), y exigir que el acreedor divida su accion contra todos los cofideyusores que podian pagar en el momento de la *litis contestatio*: tal es el beneficio ó la excepcion de division que ya hemos expuesto, pág. 255.

En fin, si el fideyusor, en vez de exigir la division, se halla dispuesto á dar al acreedor el total de la deuda, tiene derecho para hacerlo, no á título de pago (*in solutum*), lo que extinguiendo el crédito dejaría libres á todos los demas obligados, y quedaria, por consiguiente, el fideyusor sin otra accion contra el deudor principal que la de mandato ó de gestion de negocios, y sin ninguna especie de recurso contra sus cofideyusores; pero tiene derecho de hacerlo á título de persona que adquiere, como comprando en cierto modo al acreedor su crédito, que desde entónces continúa subsistiendo, tanto contra el deudor principal cuanto contra los cofideyusores: «*Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere cæterorum nomina*», dice Juliano (1); y Paulo explica más positivamente cómo el crédito no se extingue, aunque el acreedor reciba su importe: «*Nom enim in solutum accipit; sed quodam modo nomen debitoris vendidit*» (2). Ya sabemos (tomo 1, pág. 692), y veremos más por menor al tratar especialmente de la materia, que un crédito no puede ser verdaderamente trasladado de la persona del acreedor á otra; que á pesar de la cesion, el derecho continúa siempre perteneciendo al acreedor; que sólo éste se halla obligado á constituir en cierto modo al cesionario como procurador suyo, pero procurador en sus propios intereses (*procurator in rem suam*), y á darle ó encomendarle en este concepto el ejercicio de todas sus acciones, con las prendas, hipotecas y otras seguridades que puedan corresponderle. Esto es lo que se llama, por parte del acreedor, *actiones mândare*, *actiones præstare* ó *actiones cedere*. Esto es lo que tendrá lugar en favor del fideyusor que pague la totalidad. En esta cesion hallará el fideyusor una doble ventaja: los privilegios, hipotecas y demas seguridades se le cedian con la accion, y las prendas se le entregaban (3), pudiendo gestionar para su reembolso: 1.º contra el deudor principal, no sólo por la

(1) Dig. 46. 1. *De fidej.* 17. f. Julian.

(2) Dig. 46. 1. *De fidejuss.* 36. f. Paul.

(3) Dig. 46. 1. *De fidejuss.* 59. f. Paul.—Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 2. const. de Sever. y Anton.; 11. const. de Alejand.

accion de su propia cuenta, la accion *mandati* ó *negotiorum gestorum*, desprovista de toda garantia, sino en nombre del acreedor y como el propio acreedor; 2.º contra sus propios cofideyusores, contra los cuales sin esto no habria tenido ningun recurso.—Para tener derecho de exigir esta cesion de acciones, debe el fideyusor pagar el todo (*ei qui solidum solvere paratus est; — non prius quam omne debitum exsolvatur*, dicen los textos). Pero desde el momento que ofrece el todo, el acreedor se halla obligado á hacerla (*stipulator compellitur*) (1). En otro tiempo era ciertamente necesario que la cesion tuviese lugar ántes que la accion hubiese sido dada ó ejercitada contra el fideyusor (es decir, ántes de la *litis contestatio*): pasado este plazo, ya no era tiempo, pues todos los demas obligados quedaban libres; pero ya sabemos (p. 260) que habiendo sido alterado por Justiniano este derecho comun, el fideyusor puede pedir la cesion de las acciones del acreedor, despues que haya sido perseguido y aún condenado (2). Tal es el beneficio de cesion (*cedendarum actionum*). — Cuando el fideyusor se encuentra solo, la ventaja que puede de ello resultarle no admite duda. Pero cuando tiene muchos cofideyusores solventes en el momento de la *litis contestatio*, á él corresponde ver, segun las circunstancias, si le es más útil pedir la division y no pagar más que su parte, salvo no tener otro recurso que su accion *mandati* contra el deudor principal, ó bien, si mejor le parece, hacer el adelanto del capital y pagar el todo, haciéndose ceder las acciones del acreedor para de esta manera ponerse en su lugar y puesto, tanto contra el deudor principal como contra los fideyusores; porque estos dos derechos no pueden acumularse.

Del senado-consulta VELEYANO (3), y de lo que se entiende por intercesion y por intercesores.

No dejaremos la materia de los adpromitentes sin decir algo de un senado-consulta muy notable, que ha tenido el mayor influjo en el estado y capacidad de las mujeres en materia de obligaciones. El

(1) Dig. 46. 1. *De fidejuss.* 17. f. Julian.—Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 2. const. de Sever. y Anton.; 21. const. de Diocl. y Maxim.

(2) Es preciso aplicarle lo que se decia en otro tiempo de los mandantes (Dig. 46. 1. *De fidejuss. et mandat.* 41. § 1. f. Modest.), pues Justiniano los asimiló en este punto (Cod. 8. 41. *De fidejuss. et mandat.* 28. const. de Justin., y páginas 189 y 360 de este tomo).

(3) Paul. Sent. 2. 11. *Ad senatus-cons. Velleianum.*—Dig. 16. 1. *Ad sen.-cons. Velleianum.*—Cod. 4. 29. *Ad sen.-cons. Velleianum.*—Novela 154, cap. 8. *De intercessionibus mulierum.*

espíritu del derecho romano negaba á las mujeres la misma capacidad jurídica que concedía á los hombres. El derecho antiguo las sujetaba, ya al poder de otro, ya á una tutela perpétua; para ellas no habia otra condicion. Los procedimientos sutiles de los jurisconsultos, y el cambio en las costumbres, las habian en cierto modo emancipado: pudieron considerarse como libres, y ser en realidad dueñas de sus acciones. Desde entónces se pensó en limitar por reglas y por miras de proteccion la extension de su capacidad. Bajo el imperio de Augusto, y en seguida bajo el de Claudio, expidieron edictos estos príncipes prohibiendo que las mujeres pudiesen obligarse válidamente por deudas de sus maridos: «*ne feminae pro viris suis intercederent*» (1), y en el reinado de este último emperador, y en virtud de proposicion de los cónsules Marco Silano y Veleyo Tutor (año 46 de J. C.), fué admitido un senado-consulta que generalizó la prohibicion (2). Este senado-consulta, que ha conservado el nombre de uno de los cónsules, S.-C. VELEYANO, y del cual nos ha transmitido las propias palabras un fragmento de Ulpiano (3), prohíbe que las mujeres puedan en manera alguna obligarse por deuda de otro (*pro aliis reæ fieri*), ó para usar la expresion sancionada en esta materia, y que se encuentra tambien en el expresado senado-consulta, que puedan interceder (*intercedere*) por otro. «*In genere negotiorum et obligationum, tam pro viris quam pro feminis, intercedere mulieres prohibentur*», dice el jurisconsulto Paulo (4). Si así se han obligado, pueden, cuando el acreedor las persiga, defenderse por la excepcion tomada del senado-consulta: «*ei per exceptionem Vellejani senatus-consulti succurritur*» (5); ó aún repetir por la *condictio indebiti*, por lo que con ignorancia del recurso que les daba el senado-consulta, hubiesen pagado de semejante deuda (6). Algunas circunstancias particulares, pero excepcionales, podian, sin embargo, oponer obs-

(1) Dig. 16. 1. *Ad sen. cons. Vellej.* 2. pr. f. Ulp.

(2) Dion. Cass. LX. 27.

(3) Dig. 16. 1. *hoc tit.* 2. § 1: «Cujus S.-C. verba hæc sunt: Quod Marcus Silanus et Velleius Tutor, consules, verba fecerunt, de obligationibus feminarum quo pro aliis reæ fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt: Quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis quibus intercesserint feminae pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum: arbitrarii Senatuum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam ut in ea re Senatus voluntas servetur.

(4) Paul. Sent. 2. 11. § 1.

(5) Cod. 4. 29. *hoc tit.* 5. const. de Anton.; 16. const. de Diocl. y Maxim.

(6) Cod. 4. 29. *hoc tit.* 9. const. de Gordian.—Dig. 16. 1. *hoc tit.* 8. § 3. f. Ulp.

táculo á que la mujer pudiera aprovecharse de la excepcion (1). Tal es el derecho que se conservó, y que habiendo llegado hasta Justiniano, lo mantuvo este príncipe, salvas algunas modificaciones (2). Sus aplicaciones eran muchas en la práctica, y se ofrecian frecuentemente en los negocios en que se hallaban mezcladas las mujeres. Obsérvese que este derecho no prohibia á las mujeres obligarse por sí mismas, ni aún pagar por otro (3), sino sólo obligarse por otros; y esto por el motivo de que no apreciando suficientemente las consecuencias futuras de las cosas, se sienten más fácilmente inclinadas á obligarse por otro que á dar (*hoc ideo, quia facilius se mulier obligat quam alicui donat*).

De esta materia es preciso deducir la nocion general de las palabras *intercedere, intercessio, intercessor*, usadas muchas veces en los textos. *Intercedere*, es obligarse voluntariamente por la deuda de otro, ya de modo que inmediatamente quede libre, ya estando obligado con él y por él (*pro alio reus fieri, — alienam obligationem suscipere*).

La *intercessio* es la convencion por la cual se obliga uno de cualquier manera que la obligacion se haya contraido (4). El *intercessor* es aquel que se obliga por otro. Por esto se ve que todas las *adpromissiones*, tanto las esponsiones cuanto las fidepromisiones y fideyusiones, eran una especie de intercesiones formadas por palabras (*verbis*). Pero otras intercesiones podian tener lugar de otras muchas maneras y con otros efectos.

TITULUS XXI.

DE LITERARUM OBLIGATIONE.

TÍTULO XXI.

DE LA OBLIGACION LITERAL.

La estipulacion ha sido en el derecho civil quiritarario, como medio de contraer obligaciones, la primera derivacion del *nexum*, del peso

(1) Por ejemplo: si ha habido dolo de su parte.—Dig. 16. 1. *hoc tit.* 2. § 3. f. Paul.; 11. f. Paul.; 27. pr. Papin.; 30. pr. f. Paul., y Cod. 4. 29. *hoc tit.*; 18. const. de Diocl. y Maxim.—O si ello no debe experimentar ningun perjuicio: Dig. 16. 1.; 16. pr. f. Julian.; 21. pr. f. Calistrat.; 22. f. Paul.—Si el acreedor es un menor de 25 años, y el deudor principal se halla insolvente: Dig. 4. 4. *De minor.* 12. f. Gay.—Y aún algunas otras: Dig. 16. 1. *hoc tit.* 32. § 4. f. Pomp.—Paul. Sent. 2. 11. § 2.

(2) La más importante consiste en que Justiniano quiere que si la mujer ha hecho su intercesion siendo mayor de 25 años, y la reitera despues de dos años, no puede ya prevalerse del senado-consulta.—Véase Cod. 4. 29. *hoc tit.* 22. y 23. const. de Justinian.—Véase tambien la Nov. 154. cap. 8.

(3) Dig. 16. 1. *hoc tit.* 4. § 1. f. Ulp.; 5. f. Gay.—Cod. 4. 29. *hoc tit.* 1. const. de Anton. y 4. const. de Alejand.

(4) Dig. 16. 1. *hoc tit.* 2. § 5. f. Ulp.